



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.226.358 - RS (2011/0006856-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : ALEX CUSTODIO SOUZA
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE PENA. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA. REGULAR EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ANÁLISE DE SUPOSTA VIOLAÇÃO DIRETA À DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No que tange à indicada nulidade decorrente da ausência de defesa por profissional habilitado nos autos de PAD instaurado para apurar a prática de infração disciplinar grave pelo detento, vale observar que esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que a Lei de Execução Penal apenas exige, quando do reconhecimento da falta, a oitiva prévia do reeducando, não reclamando sequer a instauração do aludido procedimento.

2. *In casu*, as instâncias ordinárias ressaltaram que foi realizada audiência de justificação prévia, possibilitando-se, assim, ao agravante, o exercício do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual é de rigor o reconhecimento da validade do respectivo PAD com consequente retorno dos autos ao Tribunal de Origem para análise das demais matérias ventiladas no agravo de execução lá manejado pela defesa.

3. Consoante firme orientação jurisprudencial, não se afigura possível apreciar, em sede de recurso especial, suposta ofensa direta a artigos da Constituição Federal. O prequestionamento de matéria essencialmente constitucional pelo STJ implicaria usurpação da competência do STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.226.358 - RS (2011/0006856-3)

AGRAVANTE : ALEX CUSTODIO SOUZA
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por ALEX CUSTÓDIO SOUZA contra decisão de fls. 136/141 que deu provimento ao recurso especial aviado pelo Ministério Público a fim de reconhecer a validade de procedimento administrativo disciplinar realizado sem a presença de advogado.

Sustenta que a ausência de defesa por advogado durante o procedimento administrativo disciplinar constituiria nulidade de caráter absoluto, sendo que, entendimento em sentido contrário violaria o art. 5º, LIV e LV, da Carta Magna.

Assevera que o enunciado da Súmula Vinculante n.º 5 não seria aplicável aos procedimentos de natureza penal.

Requer a reconsideração do *decisum* monocrático ou que seja o feito remetido à apreciação da Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.226.358 - RS (2011/0006856-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Em que pesem as razões expendidas pelo agravante, deve a decisão monocrática ser mantida por seus próprios fundamentos.

Objetivou o *Parquet* Estadual no recurso especial o restabelecimento da decisão proferida pelo Juízo das Execuções Penais que reconheceu, na oportunidade, o cometimento de falta grave pelo apenado com consequente regressão carcerária e alteração da data base.

Instado a se manifestar, o Tribunal a *quo* ao examinar a questão, anotou, *litteris*:

"Deixo de analisar o mérito do recurso, pois a decisão agravada padece de nulidade absoluta.

Conforme bem apontado pela Defesa do apenado, este não foi assistido por Defensor quando ouvido perante o Conselho Disciplinar, em audiência de justificação no estabelecimento prisional.

Entendo que a ausência de defensor no decorrer do procedimento administrativo origina nulidade insanável.

É no âmbito administrativo, inicialmente, que o apenado não só deve como tem o direito de exercer a ampla defesa, apresentando os argumentos e as provas que entender cabíveis.

O art. 59 da LEP, assim dispõe:

[...]

Ainda, o art. 23 do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado estabelece:

[...]

A prova produzida sem a presença de defensor, como se pode observar, é completamente desprovida de validade e vai de encontro ao estabelecido nos regramentos penais.

Não se pode permitir que procedimentos como o da espécie sejam promovidos sem que o apenado seja resguardado o direito ao contraditório e à ampla defesa, mormente quando deste ato decorre sanção disciplinar com restrição de direitos ou privação da liberdade.

No caso concreto, Alex respondeu ao PAD sem que lhe fosse nomeado Defensor. Não teve oportunidade, por conseguinte, de produzir as provas necessárias a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa. Foi ouvido e ato contínuo lhe foi imposta sanção disciplinar.

Dessa forma, há de ser declarada a nulidade do PAD." (fls. 63/64)

Nos aclaratórios, assim pronunciou-se a Corte local, in verbis:

"Não assiste razão ao embargante.

Isso porque o acórdão refere à ausência de defensor habilitado no PAD.

Na audiência de instrução e julgamento do Conselho Disciplinar Permanente da SUSEPE em que ouvido o apenado, foi designada Valquis Oliveira da Silva, matrícula n.º 13072714 para atuar na defesa do preso. Contudo, como se vê, não se trata de advogada habilitada para tanto. Os membros do Conselho opinaram por aplicar a sanção disciplinar de 20 dias de isolamento em cela disciplinar ou local adequado, podendo ser considerado o período de recolhimento no PCPA.

[...]

Não se pode confundir julgamento contraditório, obscuro ou omissivo com julgamento contrário aos interesses da parte." (fls. 78/79)

A jurisprudência deste Sodalício se firmou no sentido de que a Lei de Execução Penal somente exige, quando do reconhecimento da prática de falta grave, a oitiva judicial prévia do apenado, não reclamando a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar.

A propósito, confira-se:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. DECISÃO DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES QUE NÃO HOMOLOGOU O PAD. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PELA AUSÊNCIA DE ADVOGADO. ACÓRDÃO QUE CASSOU A DECISÃO DE 1.º GRAU E DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O acórdão impugnado cassou a decisão do Juízo das Execuções que havia deixado de homologar o PAD, consignando a ausência de irregularidade no procedimento administrativo disciplinar por ausência de defesa técnica, uma vez que o Apenado foi "assistido pelo assistente jurídico da SUSEPE [...] [além do que] nenhum prejuízo de defesa houve naquela ocasião para que o apenado pudesse dar a sua versão acerca dos fatos".

2. "A Lei de Execuções Penais não impõe a obrigatoriedade de instauração do procedimento administrativo disciplinar, sendo, entretanto, imprescindível a realização de audiência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificação, para que seja dada a oportunidade ao Paciente do exercício do contraditório e da ampla defesa" (HC n.º 1793254/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 16/06/2011).

3. Ante a determinação, pela Corte a quo, de realização da audiência judicial de justificação do Apenado, e não tendo sido apontada a ocorrência de prejuízo à defesa, descabida se mostra a alegação de nulidade do referido procedimento administrativo.

4. Ordem denegada." (HC 198.140/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 01/09/2011).

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. EVASÃO. COMETIMENTO DE NOVO CRIME. FALTA GRAVE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 118, § 2º, da LEP não impõe a obrigatoriedade de realização do procedimento administrativo disciplinar, sendo, entretanto, imprescindível a realização de audiência de justificação, para que seja dada a oportunidade ao paciente do exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, comprovado o cometimento de falta grave pelo condenado, cabe ao Juízo da Execução, em estrita obediência ao que determina o art. 118, I, da Lei de Execução Penal, a decretação da regressão do regime prisional, após a oitiva do apenado. [...]

4. Ordem denegada" (HC 130.303/RS, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 28/09/2009).

Logo, se a instauração de procedimento disciplinar é prescindível, mais ainda é o seu acompanhamento por advogado, posto que a garantia do contraditório e da ampla defesa, para todos os efeitos, a teor do art. 118, § 2º da LEP, é satisfeita com a realização de audiência de justificação prévia, devidamente realizada na espécie.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. REINÍCIO DO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No procedimento administrativo para apuração de falta grave, inexistente cerceamento de defesa pela ausência de defensor constituído à audiência promovida pelo Conselho Disciplinar, sobretudo quando o Apenado é novamente ouvido perante o Juízo das Execuções, acompanhado de Defensor Público, antes da homologação pelo Juízo das Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição" (Enunciado da Súmula Vinculante n.º 05 do Supremo Tribunal Federal).

3. O cometimento de falta grave pelo condenado acarreta a regressão de regime e, conseqüentemente, o reinício da contagem do prazo para obter o benefício da progressão, além da perda dos dias remidos, sem que se vislumbre ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar que a interrupção do prazo do cumprimento de pena ocorra somente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional. (HC n.º 179.423/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21/6/2011 e DJe 29/6/2011).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. LEGALIDADE. EXCEÇÃO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL, AO INDULTO E À COMUTAÇÃO DE PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Inexiste nulidade por cerceamento de defesa pela ausência de defensor constituído à audiência promovida pelo Conselho Disciplinar, sobretudo quando o depoimento do apenado é acompanhado pela Assistência Jurídica do presídio e a Defensoria Pública oferece defesa escrita antes do reconhecimento da indisciplina pela administração penitenciária e da homologação da falta grave pelo Juízo das Execuções. Precedentes.

II. [...]

III. [...]

IV. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n.º 179.822/RS, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 31/5/2011 e DJe 1/7/2011).

Aliás, no caso dos autos, conforme bem asseverado pela Corte *a quo*, o recorrido foi assistido por servidor da SUSEPE, bem como na fase judicial por defensor público, não havendo, pois, qualquer nulidade no presente feito criminal, razão pela qual torna-se de rigor o reconhecimento da validade do respectivo PAD, já que o acórdão proferido pelo Tribunal local diverge da jurisprudência deste Sodalício Superior, devendo, contudo, ser o presente processo remetido à Corte de origem para apreciação das demais matérias ventiladas no agravo em execução lá interposto pela defesa.

Concernente à tese defensiva no sentido de que a decisão monocrática estaria a violar o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Nacional, vale consignar que a análise de afronta direta a dispositivos e princípios da Carta Magna não pode ser objeto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreciação no recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBETE SUMULAR 111/STJ. EMBARGOS REJEITADOS.

(...). 4. Não compete a esta Corte de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, violação a princípios ou dispositivos constitucionais, sequer para fins de prequestionamento, porque isso implica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp n. 875.546/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/2/2009, DJe 16/3/2009).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL ORIUNDO DE AÇÃO COLETIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. SÚMULA 345/STJ. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

[...] 2. Em relação ao exame da matéria à luz do art. 100 da CF, cumpre ressaltar que o recurso especial, destinado a uniformizar o direito infraconstitucional federal, não é a via adequada para a apreciação de conflitos atinentes ao exame do texto constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de incorrer-se em indevida usurpação de competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal, em tema de recurso extraordinário.

3. Cumpre destacar que o fato de o Supremo Tribunal Federal ter julgado constitucional a MP 2.180-35/2001, não impede esta Corte de dar interpretação que entender mais correta a uma norma infraconstitucional.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AgRg no Ag 1142770/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 29/11/2010)

A propósito, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 61, I, DO CP. QUESTÃO A SER APRECIADA EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIVERGÊNCIA. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES EXCLUÍDOS. IMPROPRIEDADE. AFASTAMENTO DA PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ.

Inconstitucionalidade do art. 61, I, do CP. Destarte, tal fundamento há de ser atacado pela via extraordinária, motivo pelo qual a alegação não merece ser conhecida pela alínea "a".

Não configura bis in idem a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes do réu, nem o aumento da pena, em razão da aplicação da agravante de reincidência.

Merece reparo o decisum que, sem fundamentação jurídica, afasta da fixação da pena-base a análise da personalidade do réu.

As circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231 do STJ.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 750.622/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 375)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ISONOMIA DE VENCIMENTOS. JUÍZES CLASSISTAS E TOGADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA À LUZ DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL.

1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando o acórdão utiliza fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, sem incorrer em omissão, contradição ou obscuridade.

2. A controvérsia dos autos, relativa à isonomia de vencimentos entre os juízes classistas e togados da Justiça do Trabalho, foi apreciada pelo Tribunal a quo com fundamento de natureza eminentemente constitucional. Assim, não cabe a esta Corte examinar a questão, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 979.401/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 08/11/2010)

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0006856-3

AgRg no
REsp 1.226.358 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 70033814377 70035203793 70038125985

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : ALEX CUSTODIO SOUZA
ADVOGADOS : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
 JOSÉ FRANCISCO FERREIRA DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO E
 OUTROS

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Regressão de Regime

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ALEX CUSTODIO SOUZA
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.